

del luogo in cui, solamente, un'etica può costituirsi e svilupparsi. Merito di questo volume, allora, è di aver individuato questa prospettiva, di averla collocata storicamente e di averne fornito una prima, adeguata fondazione teorica.

Adriano Fabris

J. CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, prólogo de Francesco Viola, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, 165 pp.

A partir de la aproximación realizada en su libro *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (Eunsa, Pamplona, 2000), Juan Cianciardo lleva a cabo en la presente obra un riguroso examen del principio de razonabilidad. Los méritos de este trabajo se sustentan en el recurso a un amplio material doctrinario y jurisprudencial, tanto nacional como internacional, que pone de manifiesto la rigurosidad de la investigación realizada por el autor. Otro aspecto general elogiabile en esta obra es su orden, que otorga claridad y sencillez a la exposición y, asimismo, permite un acceso sencillo a las fuentes consultadas.

El Capítulo I (pp. 31-59) desarrolla comparativamente la génesis histórica del principio de razonabilidad tanto en la tradición anglosajona (Estados Unidos y Argentina) como en la continental (Alemania y España) y continúa con el análisis de las razones normativas que justificaron la aplicación del principio en los diversos regímenes constitucionales.

El autor desarrolla detalladamente la formulación del principio de razonabilidad en Estados Unidos. Como es sabido, el principio tiene su antecedente en la garantía del debido proceso legal (*due process of law*) del Derecho inglés de donde pasa a la Enmienda V de la Constitución estadounidense en 1971, y a la Enmienda XIV en 1868. El autor se sirve del análisis de los fallos más emblemáticos de la Corte Suprema estadounidense para describir el salto del debido proceso adjetivo al debido proceso sustantivo y recorrer, mediante la elaboración de siete modelos históricos, las distintas etapas por las que ha atravesado la máxima de razonabilidad en Estados Unidos hasta ser reconocida como garantía constitucional.

Con respecto a la génesis de la razonabilidad en el Derecho argentino, el autor entiende que fue posible principalmente en virtud del artículo 28 de la

Constitución y, en menor medida, por el artículo 33. Señala a continuación que el surgimiento de la razonabilidad: “fue [en Argentina] más veloz que en los Estados Unidos, gracias a los desarrollos estadounidenses previos y a la existencia de un artículo constitucional, el 28, que permitió una derivación menos problemática de la que tuvo lugar en este último país”. El autor estudia la jurisprudencia argentina, marca sus similitudes y diferencias con la estadounidense y pone de resalto que en Argentina: “La Corte ha evitado cuidadosamente dar una definición precisa de la razonabilidad, prefiriendo, en la mayoría de los casos, decir genéricamente que el principio exige una relación adecuada o razonable entre los medios utilizados y los fines perseguidos por el legislador”. El autor discrepa con la postura que establece un paralelo estricto entre el principio de razonabilidad tal como es entendido por la Corte Suprema y la garantía del contenido esencial, y considera que “sí existe, en cambio, un paralelo entre la inalterabilidad del contenido de los derechos que garantiza el artículo 28 Const. Nac. y la garantía del contenido esencial de los artículos 19.2 LF y 53.1 Const. Española”. Esto le lleva a afirmar que “el artículo 28 reconoce, por un lado directo, la garantía de inalterabilidad de los derechos o del contenido esencial; y, por el otro, de manera indirecta, el principio de razonabilidad”.

A continuación, el autor resalta el notable desarrollo de la máxima de proporcionalidad en el Derecho alemán bajo cuya influencia se extendió a todo el Derecho continental. Destaca especialmente su aplicación en torno a la libertad de elección de profesión u oficio que resultó en la construcción, por parte del Tribunal Constitucional Federal, de la “teoría de los tres escalones” en la que se evidencia una estricta aplicación del principio de proporcionalidad.

En referencia a la utilización del principio de proporcionalidad en el Derecho español, el autor señala que se caracterizó por su aplicación inorgánica, fundamentalmente en casos donde estaba involucrado el derecho a la igualdad ante la ley y, en menor medida, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva. El autor centra su análisis en dos fallos en los que el Tribunal Constitucional aplicó integralmente el principio de proporcionalidad y tras exponer las razones que sirvieron de justificación a las resoluciones resalta dos aspectos importantes para su valoración. En primer término señala que el Tribunal: “podría haber aplicado íntegramente la proporcionalidad al análisis del caso, sin disecciones” y que “la reducción del uso de la razonabilidad a test de constitucionalidad de uno de los aspectos del litigio no parece tener justificación”. En segundo término critica la existencia de dos definiciones contradictorias del subprincipio de razonabilidad en sentido estricto.

A continuación del estudio de los antecedentes del principio de razonabilidad, el autor expone las razones normativas que hicieron posible su aplicación

en los distintos sistemas jurídicos. En Alemania, según el autor, el principio de proporcionalidad se derivó del “principio del Estado de derecho” debido a la falta de previsión de la máxima en el texto constitucional; mientras que, en España se justificó la aplicación de la proporcionalidad apelando al “valor justicia”, al “principio del Estado de derecho”, a la “dignidad de la persona” y en la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. El origen de la razonabilidad en Estados Unidos se encuentra en la Enmienda XIV; en tanto que en Argentina se funda en el artículo 28 Const. Nac.

En el Capítulo II se analizan con detenimiento los componentes del juicio de razonabilidad, también llamados subprincipios o juicios, que el autor, siguiendo la nomenclatura del Derecho europeo continental, identifica como: juicio de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad *stricto sensu*.

Cianciardo explica que el subprincipio de adecuación tiene por finalidad controlar que la medida tenga un fin y que sea adecuada para el logro de ese fin. A la cuestión de si los jueces son competentes para llevar a cabo el examen de idoneidad responde afirmativamente, en razón de la estrecha relación que halla entre la exigencia de razonabilidad y el control de constitucionalidad *lato sensu*, y del carácter de principios que tienen las normas iusfundamentales. A continuación, el autor aborda tres problemas que se plantean en torno de la exigencia de adecuación y cuyo tratamiento pone de manifiesto tanto la complejidad del tema estudiado como la profundidad del análisis realizado por el autor. Se pregunta: ¿cuál es la importancia de la determinación del fin legislativo?, ¿en qué momento se debe exigir la adecuación: *ex ante* o *a posteriori* del dictado de la norma? y ¿cuál es el carácter del juicio de adecuación? A la primera de las cuestiones planteadas responde que la determinación del fin legislativo tiene una importancia capital. Sustenta esta afirmación en el examen del fallo “Irizar José M. c/ Provincia de Misiones” en el cual el voto mayoritario y el minoritario arribaron a conclusiones opuestas en razón de diferir en la determinación de la finalidad que el legislador perseguía con el dictado de la ley. Otro aspecto que el autor menciona en torno a la finalidad es el de la necesidad de determinar si deben evaluarse los fines que el legislador dice buscar o los que realmente se buscan, disyuntiva que supera postulando que ambas deben ser tenidas en cuenta y que en caso de contradicción entre unos y otros habría que considerar únicamente la finalidad real. En cuanto a la segunda cuestión planteada, relativa al momento en que debe llevarse a cabo el juicio de idoneidad, el autor analiza las razones que se esgrimen a favor y en contra de la adecuación *ex ante* y *a posteriori* y concluye que “la medida debe ser adecuada al momento de producirse el examen de constitucionalidad, ni antes ni después, y por tanto, la única regla es la adecuación *a posteriori*”. La tercera y última de

las cuestiones que formula Cianciardo se refiere a la profundidad del juicio de adecuación, que implica determinar si el carácter del juicio de idoneidad debe ser técnico o si debe reducirse a una evaluación de la mera posibilidad que tiene la norma de alcanzar su objetivo. Aquí el autor se enfrenta a un conflicto que involucra la aplicación de dos principios constitucionales contrapuestos: por un lado, el control de constitucionalidad como imperativo constitucional que podría facultar a los jueces a realizar juicios técnicos, y, por el otro, la declaración de inconstitucionalidad como *ultima ratio* del control que determina la constitucionalidad en los casos dudosos. Cianciardo pretende armonizar ambos principios al postular que es “posible la aceptación de un juicio técnico de adecuación, aunque acompañado indispensablemente de un ofrecimiento amplio de alegación a los órganos ejecutivo y legislativo de gobierno, y que en caso de duda debe estarse a favor de la idoneidad”. Asimismo, considera que no cabe exigir la realización total del fin buscado: “basta una aptitud o posibilidad de cumplimiento parciales”. Resultan de sumo interés los casos que menciona a modo de ejemplo referidos a la jubilación forzosa, la tenencia de estupefacientes, la Decisión 96/2391 CE sobre las medidas de emergencia adoptadas contra la enfermedad denominada “de las vacas locas” y el caso “Arenzón”.

El segundo subprincipio expuesto por el autor es el juicio de necesidad, también llamado juicio de indispensabilidad, mediante el cual se examina si la medida adoptada por el legislador es la menos restringente de las normas iusfundamentales de entre las igualmente eficaces. El autor examina con detenimiento tres de los problemas que plantea el juicio de necesidad y que se refieren respectivamente a: la posibilidad del juicio de necesidad, el juicio de eficacia y la elección de la medida necesaria. Con referencia al primer problema planteado, el autor critica la negativa de la Corte Suprema argentina a valorar la necesidad de la legislación. Justifica su postura con base en la formulación de cinco tesis, las cuales a pesar de ser diferentes entre sí, comparten una misma orientación hacia la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, razón por la cual el autor las unifica bajo el nombre de “argumento de la supremacía de los derechos constitucionales”. Las distintas líneas argumentativas desarrolladas hacen referencia a temas de capital importancia en el campo de los derechos constitucionales tales como: “la operatividad de las normas”, “el papel activo de los poderes públicos en la promoción de los derechos fundamentales”, “la optimización de la eficacia de los derechos”, “la creación del derecho por parte de los jueces”, entre otros. Al argumento de la conexión se opone la tesis de la autocontención, utilizada por la Corte Suprema para no aplicar el subprincipio de necesidad y que se sustenta en la necesidad de preservar el propio

poder de la Corte y de proteger la eficacia gubernamental como también, en las desventajas que acarrea la reducción de la política al derecho. En virtud de las razones de peso que existen a favor de ambas posturas, el autor propone trazar una línea que permita aprovechar las ventajas de una y otra. La teoría superadora consiste en “la aplicación diferenciada de la necesidad –esto es, de mayor o menor intensidad– según que se pretenda enjuiciar un acto del Poder Ejecutivo o una norma de alcance general”. El segundo problema examinado es el juicio de eficiencia que implica una comparación, primero, entre cada medio y fin, y después, entre el medio y los medios alternativos. De dicha comparación surgen los “grados de eficiencia”, es decir, las posibilidades que brinda el medio de alcanzar el fin. Acierta el autor al advertir la paradoja que plantea la aplicación del juicio de eficiencia cuando, por un lado, sirve como límite al juicio judicial de necesidad al circunscribir los medios alternativos a aquellos de eficacia similar, pero, por el otro lado, otorga mayores facultades a los jueces al permitirles evaluar el grado de eficacia de la medida y de otras alternativas. El tercer problema analizado se refiere a la elección de la medida necesaria la que “sólo será constitucional en el caso de que sea la menos restrictiva de todas”. Para poder determinarlo hay que recurrir al juicio de restringibilidad que consiste en evaluar los perjuicios causados por la norma. Según el autor “la dificultad del juicio de restringibilidad radica en la comparación entre los costos de la medida escogida y su alternativa”.

El tercer componente del juicio de razonabilidad es el juicio de proporcionalidad *stricto sensu*, que consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar. El concepto de “relación razonable”, que plantea divergencias en la doctrina y en la jurisprudencia, es entendido por la posición dominante como un balance entre las ventajas y las desventajas de la medida. El autor no se adhiere a esta posición por considerarla insuficiente ya que, por un lado, no resuelve las dificultades provenientes de la imposibilidad de realizar una comparación de intereses contrapuestos, más aún frente a la inexistencia de una escala que facilite su jerarquización y, por el otro lado, con base en que permitiría la violación de un derecho fundamental si el “fin buscado por el legislador fuese de gran importancia y el medio estuviese justificado con relación al peligro que se intenta conjugar”. En este punto el autor desarrolla uno de los temas claves de la obra: la conexión entre el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial. Postula que “la proporcionalidad debe prolongarse en el juicio sobre el contenido esencial. Una medida será constitucional cuando supere uno y otro “límite de límites”, puesto que “desde el punto de vista de la protección y promoción integral de los derechos, proporcionalidad y contenido esencial se coimplican: la

garantía del contenido esencial es una exigencia de la faz negativa de los derechos, en tanto que el principio de razonabilidad viene exigido por la faz positiva o prestacional”. A continuación el autor expone la postura de la Corte y distingue dos modos de inconstitucionalidad: la inconstitucionalidad por alteración y la inconstitucionalidad por injustificación. Para la determinación de la primera de ellas es necesario que el intérprete identifique el contenido inalterable, lo que, en opinión del autor, será posible mediante “una interpretación teleológica dirigida a determinar el bien protegido objeto del derecho fundamental”. En lo referente al juicio de justificación el autor analiza detalladamente los argumentos esgrimidos en el caso “Smith” desde la perspectiva de la razonabilidad y concluye que “la insuficiencia del juicio de justificación no debe conducir a su supresión”, como ocurrió en el mencionado fallo.

El Capítulo III aborda el tema de la justificación teórica de la razonabilidad en sus aspectos lógico, ontológico, y, tangencialmente, el filosófico-político. Cianciardo adhiere a la justificación lógica de la proporcionalidad elaborada por Alexy que conecta la teoría de los principios con la máxima de proporcionalidad. La justificación ontológica parte de la idea que el derecho será orden humano en tanto sea razonable, ya que, la razonabilidad constituye una característica del hombre. A la cuestión sobre si resulta posible una aplicación avalorativa de la razonabilidad, el autor responde negativamente en razón de la peculiar índole de la proporcionalidad que en todos sus subprincipios conduce inevitablemente a valoraciones. Por ello, el autor afirma que “la aplicación de la máxima de razonabilidad no puede hacerse desde una posición empirista ni comprenderse desde una epistemología empirista” sino que “reclama una epistemología abierta a la razón práctica”. A continuación el autor expone las razones que justifican la conformación del principio de proporcionalidad por los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*. Según el autor, el subprincipio de adecuación se deriva de la exigencia de que toda medida busque un fin, mientras que, el subprincipio de necesidad proviene del requerimiento de optimización de las normas iusfundamentales que, sólo es posible una vez constatada la adecuación de la norma. El subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* no se desprende de los anteriores pero brinda una justificación integral del principio. El autor constata que la aplicación del principio por los tribunales no se da de manera lineal. Explica que esto es posible en función de una finalidad que articula la secuencia y que tiene que ver con “el resultado del caso tal como fue intuido por el operador jurídico en el primer momento del procedimiento”.

El Capítulo IV profundiza el examen de la máxima de razonabilidad a partir del estudio de diversos aspectos relacionados con las normas, el fenómeno de

la globalización y el concepto de derecho fundamental. Postula que existe una distinción estructural entre normas y derechos, puesto que, “las normas constituyen el punto de partida de la aplicación de la máxima de razonabilidad, en tanto que, el derecho (...) es el punto de llegada”. A partir de esta afirmación el autor extrae las siguientes consecuencias: que, “los derechos fundamentales tienen límites pero no son limitables, sino que tales límites brotan de sí mismos; mientras que el contenido de las normas iusfundamentales es limitado y nada obsta a que se dicten otras normas que lo restrinjan”. Y agrega que, la razonabilidad puede ser de utilidad para la determinación del contenido esencial, aunque no se la debe confundir con él. A continuación expone su crítica a las dos teorías existentes en torno a la determinación del contenido esencial: la absoluta y la relativa, en razón de que ninguna de ellas permite la intangibilidad de los derechos, y propone su superación mediante el recurso a la razonabilidad. Otro tema que aborda Cianciardo en el presente capítulo es el referido a la distinción entre principios y reglas. Expone las elaboraciones doctrinarias llevadas a cabo por Alexy en torno a los dos criterios de distinción entre principios y reglas utilizados con más frecuencia, y en torno a las críticas efectuadas a dichos criterios por Aarnio y Prieto Sanchís. El autor comparte la crítica formulada por Aarnio en cuanto a la inexistencia de una distinción “fuerte” entre principios y reglas pero, admite, en cambio, que los criterios distintivos tienen, *prima facie*, utilidad e importancia. Señala, asimismo, que existe una clara distinción entre los principios que denomina “principios razonables *per se*”, y un conjunto de normas integrado por el resto de los principios y la totalidad de las reglas. Refiere que estos principios “prescriben preponderantemente desde sí mismos”, es decir, que su validez no depende del derecho positivo, lo que a su vez equivale a sostener que “no dependen para su razonabilidad de su reconocimiento por parte de legislador alguno”. En este sentido, postula la “inaceptabilidad del planteamiento de Prieto Sanchís que niega que la aparición de los principios deba producir el abandono de las tesis principales del positivismo jurídico”. Otra cuestión tratada en el Capítulo IV es la relación entre razonabilidad y globalización. El autor expone que la razonabilidad es manifestación y causa de la globalización y desarrolla los argumentos que justifican su afirmación. El autor dedica la parte final de su obra a examinar las implicancias que conlleva la aplicación de la razonabilidad en torno a la conceptualización del derecho fundamental como “bien humano”, y en torno a la democracia como forma de gobierno que procura “maximizar el respeto de los derechos”.

De todo lo expuesto se desprende que el libro recensionado constituye un aporte fundamental al análisis del juicio de razonabilidad. Quedan pendientes nuevos desafíos para el Prof. Cianciardo: un tratamiento más amplio de la im-

portancia de la determinación del fin, la justificación filosófico-política de la razonabilidad, la relación entre razonabilidad y Estado de Derecho, y la propuesta de aplicar de modo diferenciado el subprincipio de necesidad.

Lorena A. Ziman

M. ELÓSEGUI ITXASO¹, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres. Un análisis de la legislación alemana y la Directiva 76/207/CEE desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy*², Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Universidad de Zaragoza, Madrid, 2003, 620 pp.

Una nueva publicación sobre género siempre es motivo de bienvenida. Y ello, porque dicha temática, la problemática en torno a la discriminación por razón de sexo, se inserta en el núcleo más duro de los derechos fundamentales, y ya no debe considerarse únicamente como una reivindicación feminista, sino

1. María Elósegui Itxaso es profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza. Además, es directora de la Revista *Aequalitas*, y miembro del Seminario Interdisciplinar de Estudios de la Mujer de la Universidad de Zaragoza entre otros.

2. Su título muestra su doble interés por las cuestiones relativas a género y por la Teoría de la Argumentación de Robert Alexy sobre los que me muestro coincidente, por una parte porque también he disfrutado de una beca, en su caso de la Agencia Española de Cooperación Internacional para realizar una investigación sobre esta obra del profesor Alexy en Brasil, aunque no he tenido la suerte de contar como la autora del auspicio, dirección y orientación de este Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad alemana Christian Albrechts, de la ciudad de Kriel, perteneciente al Land Schleswig-Holstein, como becaria de la Fundación alemana Alexander von Humboldt. Por otra parte, por mi interés sobre las cuestiones de género, sobre las que esta autora tiene numerosas publicaciones entre las que destaco: *Diez temas de género: hombre y mujer ante los derechos productivos y reproductivos*, Navarra, Ediciones Internacionales Universitaria, 2002; *El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres*, Barcelona, Icaria, 2002; *El derecho a la igualdad y a la diferencia: el republicanismo intercultural desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de la Mujer, 1998. Asimismo y a título ejemplificativo, otras obras de esta autora: *La transexualidad: jurisprudencia y argumentación jurídica*, Granada, Comares, 1999; *Lo físico y lo mental en Henri Bergson*, Valencia, Nau Llibres, DL 1990; *Materiales de prácticas de Teoría del Derecho*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2000, etc.